

CONTRATO ADMINISTRATIVO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Professor Assistente do Departamento de Direito Público da DFRN

Sumario:

I. Conceito do contrato de Direito Administrativo. II. Formação dos contratos administrativos. III. Execução dos contratos administrativos. IV. Extinção dos contratos administrativos.

I. Conceito do Contrato de Direito Administrativo

1. A atividade administrativa do Estado, sob o ponto de vista jurídico, concretiza-se em fatos e atos administrativos, pouco importando a forma que assumam e os efeitos que produza. A lição de BIELSA ("Derecho Administrativo", vol. II, p. 1, ed. 1955) continua íntegra, sem combate pela doutrina.

Urge, assim, como de primordial interesse, fixar os principais aspectos que envolvem o conceito de fato e de ato administrativo, sem menosprezar as dificuldades que se apresentam, pois, muitas vezes, a noção de ato administrativo se confunde com a de fato administrativo, para que se tenha um conceito sedimentado de Contrato de Direito Público.

O ato administrativo é revelador de uma atividade formal ou material do Estado. Nasce com um fim: o interesse social. Pode ser constituído com força de produzir efeitos jurídicos (adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos) ou destituído de tais efeitos. Nesta situação, são simples atos administrativos, sem produzir consequências que não as de ordem existente na Administração, imunes, portanto, ao controle jurisdicional quando revogados ou anulados.

Diferente, porém, é a situação do ato administrativo investido de natureza jurídica. Exige, para a sua formação e a sua validade, além da singularidade do interesse público, os pressupostos definidos na lei civil (manifestação de vontade, licitude, finalidade de adquirir, resguardar (aliás, conservar), transferir, modificar ou extinguir direitos — art. 81, C. Civ.).

O fato administrativo é a consubstanciação do ato administrativo, no seu aspecto material. É a atividade material que os agentes do Estado praticam, sendo, portanto, uma consequência do ato administrativo. É um acontecimento administrativo, quer voluntário ou não, com força de produzir efeitos. Assim, em uma concepção ampla, o fato administrativo representa o gênero, do qual o ato administrativo é uma das espécies com uma função específica de realizar o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo (SKABRA FAGUNDES, p. 21, *in* "O Controle dos Atos Administrativos", 2ª ed., FORENSE).

O fato administrativo, em regra, representa o ato material praticado pelo Estado, no exercício da administração. Busca seu fundamento jurídico no ato administrativo. Este sempre o precede e se encontra amparado pela lei. É bem verdade, conforme faz lembrar SEABRA FAGUNDES, p. 58, obra citada, que "em alguns casos, entretanto, o fato administrativo tem lugar quando ainda não integrado o ato com ele relacionado. Este só se completa a *posteriori*, levando àquele as indispensáveis condições de legalidade".

Partindo do exame que se fez dos elementos conceituais do ato administrativo e do fato administrativo, não há razão para se deixar de aceitar a lição de HELY LOPES MEIRELLES. Este autor definiu o ato administrativo, como sendo toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou

impor obrigações aos administrados ou a si própria (p. 154, "Direito Administrativo Brasileiro", 2ª ed., RT). O fato administrativo considerado pelo mesmo autor, uma materialização da vontade administrativa, sendo, assim, toda realização material da administração, em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, o calçamento de uma rua, a abertura de uma estrada, etc.

2. Entre os atos administrativos bilaterais, vamos encontrar os contratos, como sendo os mais peculiares. Na verdade, a condição de ato administrativo só se opera na fase de sua assinatura, aprovação e homologação, características formais, pois, ao passar para o fenômeno da sua execução, ele se reveste de autêntico fato administrativo, expressão concreta do ato que o antecedeu.

Identificada a posição do contrato de direito público na teoria dos atos e fatos administrativos, a nossa preocupação se inclina para a fixação do seu conceito.

A primeira idéia que ocorre é a de consagrar o contrato de direito público como gênero de que o contrato administrativo é uma das espécies ao lado dos contratos públicos internacionais e contratos públicos constitucionais.

No particular, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR definiu contrato público como "o acordo recíproco de vontade, de que participa o Estado, objetivando interesses públicos e informando por princípios publicísticos exorbitantes e derogatórios do Direito Comum" ("Enciclopédia Saraiva do Direito", vol. 20, p. 84).

Verifica-se, de imediato, que o contrato de direito público caracteriza-se, em síntese, por particularidades que inexistem no contrato de direito privado e que se concentram na objetividade de alcançar o interesse público. Sendo este um resultado a ser alcançado pela função pública, com base na sua força jurídica, alguns autores criaram a tese

anticontratualista no Direito Público, negando, portanto, a possibilidade da existência de contrato público.

Um rápido exame sobre os fundamentos apresentados pelos que negam a existência do contrato público, serve para melhor concentrar o conhecimento conceitual que se busca a respeito do contrato administrativo.

A opinião mais comum é a que vê no contrato uma forma típica e peculiar do direito privado, por ser categoria da ciência jurídica, que só tem possibilidade de se formar entre pessoas iguais.

HANS KELSEN combate tal posição, afirmando que "O contrato não é um conceito do direito privado, nem do direito público, mas, em sua natureza formal, um conceito da Teoria Geral do Direito" (*apud* MÁRIO MASAGÃO, "Natureza Jurídica da Concessão do Serviço Público", 1933, p. 98, n. 65).

Entre outras objeções contra a Teoria do Contrato Público, os partidários da posição privatística, isto é, que só aceitam o contrato de direito privado, sobressaem-se as seguintes:

a) no contrato de direito privado há liberdade de discussão das cláusulas pelas partes contratantes, o que não ocorre no contrato de direito público.

O núcleo da argumentação não resiste às novas idéias que estão surgindo na ciência jurídica, a partir do aprofundamento da tese que aniquila a distinção entre direito privado e direito público, e, seguindo-se, em termos de realce, a averiguação sobre a essência do contrato.

Na atualidade, dividem-se os autores, quanto à essência do contrato. Para uns, ela se encontra na liberdade de escolha da outra parte; para outros, na liberdade de fixar o conteúdo da relação; e, finalmente, uma terceira corrente defende que a essência do contrato se encontra na

liberdade de contratar ou deixar de contratar, isto é, na liberdade de criar ou não, a relação jurídica que se forma com o acordo das vontades.

O Direito Administrativo inclina-se para aceitar a terceira corrente, esvaziando, conseqüentemente, a objeção apresentada, de cunho nitidamente privatístico;

b) a segunda argumentação contrária à existência do contrato de direito público é a de que o contrato, para ser alterado, exige o concurso das vontades das partes, não podendo sê-lo unilateralmente pela vontade de uma só das partes, como ocorre no contrato de direito público.

Uma crítica rigorosa desfaz a conclusão dos que pensam da maneira exposta. No contrato de direito público há obrigação bilateral, convencionada, ou seja, consensual, em que uma das partes se encontra em situação privilegiada em relação à outra, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações convencionadas, sem que isso implique diminuição dos direitos econômicos que a outra pode fazer valer, segundo lição de SABINO ALVAREZ GONDIN ("Tratado General de Derecho Administrativo", 1958, vol. 1, p. 369).

O contrato público é um ato administrativo plurilateral, por surgir do concurso de vontades opostas do Estado e do indivíduo. Visa, conseqüentemente, uma gama de direitos e obrigações dúplices, na expressão de SEABRA FAGUNDES ("O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", p. 53, 2ª ed., FORENSE).

A alteração unilateral só poderá ocorrer se for fundada em razão de ordem pública de tal relevância que se sobreponha a qualquer interesse individual. É a regra da intervenção em qualquer tipo de relação jurídica que o Estado pode efetuar quando se depara com grave ocorrência social. Não constitui, portanto, peculiaridade inerente ao contrato de direito público.

Os que se posicionaram em sentido contrário aos que aceitam a existência do contrato de direito público não atentaram para os princípios que são aplicados a respeito do equilíbrio financeiro do contrato. Em todos os contratos públicos há a presença do referido equilíbrio, impossibilitando, portanto, a alteração unilateral do contrato, pois, da mesma forma que o particular obriga-se a efetuar certas prestações, ou os que a Administração vier a fixar, por seu lado está obrigada a manter um certo equilíbrio entre o que pede ao contratante, e o que lhe paga;

c) a terceira objeção conhecida é a de que no contrato não pode um dos contratantes rescindir o vínculo contratual, unilateralmente, quando lhe aprouver.

Não há o privilégio apontado no contrato público. A Administração Pública, quando contrata, não pode jamais "prevalecer-se da força que sua própria posição lhe concede para tripudiar sobre a outra parte contratante", na feliz conclusão de ANTÔNIO CHAVES, em parecer publicado na RDA, vol. 110, out./dez., 1972, sob o título "Contrato Administrativo. Reciprocidade de Direitos e Obrigações. Impossibilidade da Prestação. Responsabilidade Contratual", ps. 375-409.

3. O problema relativo à compreensão da existência do contrato de direito público não deve ser enfrentado de modo superficial, como o fazem aqueles que defendem ser o contrato um título de direito privado (SABINO ALVAREZ GONDIN, *in* "Los Contratos Públicos", p. 28; ROGER BONNARD, *in* "Precis de Droit Administratif", Paris, 1935, p. 375; CESATE COMMEO, *in* "I Contratti Della Publica Amministrazione", Firenze, 1937, p. 72; VELASCO CALVO, *in* "Dos Contratos Administrativos", 1927, p. 43, todos citados por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ps. 84-92, verbete "Contrato Público", vol. 20, "Enciclopédia Saraiva do Direito").

Os juristas mais eminentes da Alemanha (PAUL LABAND, JELLINEK, LOIS GAY, FRITZ FLEINER) admitem a existência do contrato de direito público. No mesmo sentido se filiam as opiniões de CHELE LA TORRE

("Elementi di Diritto Amministrativo", 1925, p. 191); MIGUEL ANGEL BERÇAITS ("Teoria General de los Contratos Administrativos", 1952, p. 111); ELEM ZANOBINI ("Corso di Diritto Amministrativo", 6^a ed., 1950, vol. 1, p. 186); CINO VITTA ("Diritto Amministrativo", 3^a ed., 1949, vol. 1, p. 360) ; KAMMERER ("La Fonction Publique en Allemagne", 1899, p. 95); THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI; MÁRIO MASAGÃO; GUIMARÃES MENEGALE; TITO PRATES; RAFAEL BIELSA ("Derecho Administrativo", 5^a ed., 1955, vol. 2, p. 142); SABINO ALVAREZ GONDIN ("Tratado General de Derecho Administrativo", 1958, vol. 1, p. 369); YORODZU ODA ("Principes de Droit Administratif du Japon", 1928, p. 84); INOCÊNCIO GALVÃO TELES ("Manual dos Contratos em Geral", 3^a ed., 1965, p. 47); conforme pesquisa feita por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em artigo já mencionado.

4. A força conceitual do contrato de direito público é uma realidade de nosso sistema jurídico. Existe, nas relações da Administração Pública, como ato bilateral peculiar, determinando a relação jurídica o concurso de vontades do Estado e de terceiros, podendo estes serem entidades de direito público ou particulares.

Os seus elementos intrínsecos são os mesmos do contrato comum, obedecendo, entretanto, a razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato, conforme afirma THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ("Curso de Direito Administrativo", p. 77, ed., Freitas Bastos, 6^a ed., 1961), e sem criar confusão ao se constituir, com os contratos de direito privado, "já porque uma das partes é sempre a Administração Pública; já porque a finalidade contratual é sempre um serviço de interesse coletivo ou uma obra pública" (RUY CIRNE LIMA, "Contratos Administrativos e Atos de Comércio", *in* RDA, 32/16).

5. A conceituação do Contrato de Direito Público não se apresenta, na atualidade, obscura na doutrina do Direito. São

considerados, na opinião de ORLANDO GOMES, "Contratos de Direito Público":

- a) os que são celebrados entre si por algumas pessoas jurídicas de direito público interno, a exemplo dos estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre Unidades da Federação, entre um Estado-membro e um Município e entre este e outro Município;
- b) os que o Estado firma com particulares ou com outros entes públicos para que sejam alcançados objetivos comuns, com a implantação de direitos subjetivos patrimoniais;
- c) os contratos administrativos que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução de desempenho de atividades do Estado, de interesse geral, que este não pode exercer, ou não quer exercer diretamente (ps. 33-34, vol. 28, "Enciclopédia Saraiva do Direito", verbete "Direito Público dos Contratos").

É conveniente lembrar que o contrato administrativo é uma espécie própria dos contratos de administração, sem se confundir com o gênero. São características dos contratos da Administração dos acordos de vontades firmados pela Administração combinados para que produzam consequências jurídicas sobre as partes contratantes. Assim, no campo do Direito Administrativo vamos encontrar contratos privados regidos pelo C. Civ. e pelo C. Com., quando, por exemplo, o Estado celebra contrato de locação. Não se pode considerar tais pactos como contratos administrativos. São contratos privados da Administração, titulados, assim, unicamente, pela presença de uma pessoa administrativa.

O contrato administrativo se encontra sujeito a um regime autônomo que contém princípios que escapam aos limites fixados pelo direito comum, e que permitem a inserção de cláusulas chamadas exorbitantes ou derogatórias.

GASTON JÉZE, em sua obra "Cours de Droit Public", 1933, afirma que a existência do contrato administrativo está subordinada as seguintes condições:

- a) acordo de vontades entre a Administração e o particular;
- b) que o acordo de vontades tenha por objeto criar obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração em dinheiro ou de outro modo;
- c) que a prestação fornecida pelo indivíduo se destine a assegurar o funcionamento do serviço público;
- d) que as partes, por cláusula expressa, devem concordar em submeter-se ao regime especial de direito público.

Após tais considerações o conceito de contrato administrativo exposto por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR atende às exigências científicas para o ordenamento do assunto:

Contrato administrativo é, pois, todo acordo oposto de vontade de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesse público, está submetido a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos.

Diferença conceitual não existe no que pensa a respeito HELY LOPES MEIRELLES:

Contrato administrativo é todo aquele que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular, para a realização de serviço, execução de obra, ou obtenção de qualquer outra prestação de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (p. 227, "Direito Administrativo Brasileiro", 2ª ed., RT).

MARCELO CAETANO ("Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", p. 224, 1ª ed., FORENSE, 1977), após se fixar na opinião de que a figura do contrato não é incompatível com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público pertencem a gênero diferente dos que conhecemos no Direito Privado (p. 19), conceituou contrato administrativo como sendo a "celebrado entre uma pessoa jurídica de direito público e outra pessoa, com o objeto de associar esta, por certo período, e mediante retribuição ao desempenho regular de alguma

atribuição de interesse público que deve prevalecer na disciplina contratual". O destaque a ser dado no pensamento de MARCELO CAETANO é para a característica de "associação duradoura e especial", que implica numa comunhão, por o particular passar a ser, por força do contrato, um colaborador da Administração.

II. Formação dos Contratos Administrativos

1. O ato administrativo pode se revestir de várias formas para que tenha validade. Se a administração pratica um ato unilateral, pode fazê-lo através de avisos, portarias, instruções, etc. Todavia, quando o ato praticado exige aceitação expressa de um particular ou de uma outra entidade pública, só pela forma de um contrato escrito pode ser constituído. O contrato administrativo verbal não é admitido. As obrigações assumidas pelo Poder Público são registradas nas repartições competentes, a fim de que possam ser comprovadas. Outrossim, a validade do pacto depende do registro.

É princípio a ser seguido pela Administração que todas as cautelas devem ser tomadas na celebração dos contratos, quer sejam da Administração, quer sejam contratos administrativos.

Na formação dos contratos não se deve deixar de analisar os elementos necessários para a sua perfeição. Em qualquer contrato administrativo devem ser presentes os elementos comuns do contrato: capacidade dos concorrentes, objeto lícito, mútuo consenso e forma prescrita em lei. Acrescentem-se as normas peculiares, como o fim de interesse público e os elementos formais internos e externos exigidos pela lei.

Na formação dos contratos administrativos há sempre uma preocupação de moralidade, como lembra MARCELO CAETANO ("Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", p. 229, FORENSE). Em consequência, a formação dos contratos administrativos segue um

procedimento minuciosamente regulado, que evolve da competência das partes até a publicidade do ato.

O contrato administrativo é bilateral, comutativo, formal, realizado *intuitu personae* e destinado a satisfazer a um interesse público caracterizado (HELY LOPES MEIRELLES, p. 228, "Direito Administrativo Brasileiro", 2ª ed., RT). O instrumento escrito é a única forma capaz de registrar que as obrigações assumidas são recíprocas, equivalentes, remuneradas, e que atendem à finalidade pública especificada no ajuste.

Na formação dos contratos administrativos há determinadas formalidades que não podem deixar de ser cumpridas pelo caráter de essencialidade que assumem. Em nosso sistema positivo, as solenidades essenciais do contrato administrativo vêm expressas no C. de Contabilidade Pública (LF n. 4.356, de 28.1.1922) e seu Regulamento (D. n. 15.783, de 8.11.1922), arts. 707 e 775, com as alterações introduzidas pelo D. n. 73.140, de 9.11.1973 (Regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências).

No C. de Contabilidade Pública vamos encontrar (art. 766) o princípio geral regulador da formação dos contratos administrativos: "Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observados, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".

Assim, na formulação do contrato administrativo devemos seguir, inicialmente, as mesmas regras do Direito Privado (C. Civ., arts. 1.079 e segs.). Respeitando a disciplina da capacidade das partes e do objeto da prestação ajustada. São condições gerais que se ligam às peculiares para darem validade à formação do contrato administrativo.

2. O contrato administrativo exige, para a sua validade, que seja celebrado por autoridade competente, isto é, por agente capaz, pessoa

que tenha autorização para fazer expedir o ato, em virtude de lei ou delegação.

Não pode haver competência constituída que não decorra da lei. Ela é quantidade de poder implícito ou explícito conferido à autoridade administrativa, em face da função exercida. "Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito", afirmou com sabedoria CAIO TÁCITO, em "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", p. 87.

Ao se tratar da competência que deve ter a autoridade para contratar, o exame também se estende à capacidade dos particulares. Necessitam estes da capacidade geral do Direito Civil, bem como a inerente ao poder de representação quando se obrigarem em nome de pessoas jurídicas.

No tocante ao assunto, o estudo deve se voltar para as fontes do Direito Civil, quando qualquer um dos motivos que ocasionaram a nulidade dos atos jurídicos, também deve servir de aplicação no campo do Direito Administrativo.

Afirmamos que a Administração Pública se preocupa com a moralidade dos atos administrativos. Apoiado em tal princípio, há, ainda, determinadas categorias de pessoas que, embora civilmente capazes, não podem contratar com o Estado, sob pena de nulidade de pleno direito, ou, como pretendem alguns doutrinadores, de ser inexistente o ato, com a assunção de todas as conseqüências resultantes.

Envolvidos por tal esquema se encontram os deputados e senadores que, por dispositivo constitucional (art. 34, I, a), não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusula uniforme. A infringência do dispositivo mencionado implica, além da nulidade do contrato, a perda do mandato (art. 35, I. CF),

que será declarada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, mediante provocação de qualquer de seus membros, da respectiva mesa ou de partido político (art. 35, § 2º, da CF).

Embora não conste expressamente no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (L. n. 1.711, de 28.10.1952, com as modificações subseqüentes e normas complementares), é lícito à Administração Impedir contratos de seus servidores com o Poder Público, salvo se for obedecida a linha de uniformidade já recomendada.

Há, ainda, no referente à capacidade das partes que contratam com a Administração, o fenômeno da suspensão temporária da mencionada faculdade, em casos especiais que representam penalidades por faltas cometidas em acordos anteriores.

O art. 72, do D. n. 73.140, de 9.11.1973 (Licitações Públicas de Obras) registra que "em caso de inexecução da obra ou serviço, erro de execução, execução imperfeita, mora de execução ou inadimplemento contratual, os contratados sofrerão a penalidade de serem suspensos do direito de licitar e contratar pelo prazo que a autoridade competente fixar não superior a 2 (dois) anos, atendendo a natureza e a gravidade da falta cometida, consideradas, ainda, as circunstâncias e o interesse da própria Administração ou impor a pena de declaração de inidoneidade para licitar e contratar em toda a extensão da esfera federal" (arts. 72, II e III, e 73, D. n. 73.140).

3. Na opinião de TRENTIN, *in* "L'atto Administrativo", ps. 70 e 291 (*apud* THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI), o objeto lícito e possível é elemento de maior importância porque diz com o próprio conteúdo material da obrigação.

O objeto é a coisa, a prestação, o fato, a finalidade do ato. Necessita ser lícito, isto é, que não contrarie disposição legal ou não atente contra os princípios da moral.

Não há licitude, no objeto do contrato, se a Administração Federal permite a concessão de terras, a abertura de vias de comunicação, a instalação de meios de transmissão, à construção de pontes e estradas internacionais e ao estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança da Nação, nas zonas indispensáveis à defesa do País, sem o prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional (L. n. 2.597, de 12.9.1965, c/c o art. 89, da CF de 1969).

Na mesma situação se enquadram os pactos administrativos seguintes:

- a) a concessão dada pelo Poder Público a estrangeiro, qualquer que seja a sua situação no país, para a pesquisa, prospecção, exploração e o aproveitamento de jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica (art. 113, IV, do DL n. 941, de 13.10.1969 — Estatuto do Estrangeiro);
- b) a contratação, mediante concessão com estrangeiro, independentemente da sua situação no país, da navegação aérea, dos serviços de telecomunicações e dos serviços de vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites do Estado ou Território (CF, art. 8º, XV, letras **e** e **d**, c/c o art. 118, incisos I, V e X do DL n. 941, de 13.10.1969);
- c) a concessão de jogos proibidos, por serem contrários à lei moral e aos princípios do direito positivo.

Além de lícito, o objeto do contrato tem de ser possível. A condição de possibilidade é que vai determinar a criação, a modificação ou a comprovação da situação jurídica criada pela vontade das partes. A impossibilidade do objeto do contrato pode ser material ou jurídica. Não é possível o Poder Público contratar com particular o deslocamento do Oceano Atlântico para a Região da Amazônia ou a realização de uma obra com capacidade de fazer com que a lua deixe de efetuar o seu sistema de rotação.

Por último, deve ficar bem acentuado que o objeto e a finalidade do contrato é "a coisa, o fato, a prestação; não se confunde, portanto, com a causa, que é o motivo gerador da obrigação e da execução do serviço público".

4. O mútuo consenso é elemento necessário, ao lado de outros, para que o contrato administrativo fique perfeito. Há, portanto, no contrato, o confronto de dois interesses manifestados: de um lado, o da Administração, e do outro, o do contratante. "A manifestação exprime o interesse público, do qual é guardiã, e por isso se coloca num plano de superioridade sobre o particular. Mas, em contrapartida, ela precisa do particular, tem de atrair o interesse deste, sem o que nada poderia fazer. Desta maneira, é necessário harmonizar as coisas, de sorte que se conjuguem as vantagens para ambos. Sem abrir mão de suas prerrogativas, cumpre à Administração, segundo as normas do direito, assegurar ao contratante compensações, porque não seria lícito, moral, nem mesmo útil, sacrificar quem vai auxiliar o Estado na consecução dos seus propósitos" (LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE, *in* "Curso Moderno de Direito Administrativo", ed. Saraiva, 1975, p. 176).

A parte que firma o contrato com o Estado está se ligando a um interesse livremente manifestado. Não há que se falar em comprometimento da vontade por causa da existência de disposições unilaterais de normas legais ou regulamentares da própria Administração. Se a Administração impõe sua vontade por interesse público, na expressão de POSADA ("Derecho Administrativo", vol. II, p. 264, *apud* HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, "Manual Elementar do Direito Administrativo", p. 307, Freitas Bastos) e o particular ou a pessoa de direito público contratante aceita a supremacia invocada, a vontade atuou livremente, não se operando posição de mando, por ter-se reconhecido o direito do Estado de assumir, no contrato, a posição privilegiada.

O que prevalece é a manifestação de vontades, sem os vícios do direito comum e que tenha por "objeto maior a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante uma remuneração" (HENRIQUE SIMAS, p. 306, obra citada).

É conhecida a pregação de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI de que "é preciso não exagerar nem conceitos nem doutrinas" (p. 197, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, 1964, Freitas Bastos). Não é esta a melhor forma de fazer ciência, tendo em vista a possibilidade de ocorrer distorção da realidade.

A manifestação da vontade, no campo do Direito Público, representa a atuação do Estado, pelo que não pode se circunscrever às peculiaridades e amplitudes do Direito Privado, conforme a observação de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, p. 197, ob. cit.

A manifestação da vontade da Administração está sempre vinculada ao interesse público. Compreende, assim, uma série de atividades que não pertencem ao poder contratante. Exterioriza um conteúdo próprio que se encontra ligado à função do Estado, que tem por fim realizar o bem-estar social.

É só aparente a impossibilidade do Estado poder manifestar sua vontade. Este, quando invade o mundo exterior, através dos representantes dos poderes do Estado, produz consequências e se enquadra nos limites jurídicos fixados pelo sistema positivo.

5. O último elemento comum formador de todos os contratos é a forma prescrita em lei. Nos contratos administrativos a lei deve ser observada rigorosamente. A forma do contrato que ela prescrever é uma condição extrínseca que, havendo falta, implica em nulidade.

O C. de Contabilidade Pública (L. n. 4.356, de 28.1.1922. regulamentada pelo D. n. 15.783, de 8.11.1922) estabelece, no art. 54,

que os contratos administrativos em que figure a União como parte só terão validade se obedecerem às seguintes condições:

- a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar como o ordenador da despesa;
- b) que os serviços tenham sido autorizados por lei (orçamento) e que haja expressa referência à lei que autorizou o serviço, a verba, as despesas e o crédito;
- c) que haja especificação dos serviços, ou da obra contratados: preço e quantidade dos materiais;
- d) que haja especificação dos materiais;
- e) que os termos do contrato estejam de acordo com a concorrência;
- f) que sejam os contratos lavrados na repartição competente ou por escritura pública, nos casos exigidos por lei.

No tocante aos contratos de obras e serviços de engenharia acordados entre a Administração (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias) e particulares, há de se obedecer a forma ditada pelo art. 53, do D. n. 73.140, de 9.11.1973: "Os instrumentos contratuais obedecerão à minuta-padrão aprovada, regimentalmente, pelo órgão ou entidade contratante. § 1º Caberá aos setores técnicos do órgão ou entidade, a formulação e o fornecimento, aos setores jurídicos encarregados da lavratura do contrato, de minuta das cláusulas técnicas do instrumento, que retratarão fielmente o estipulado no Edital. § 2º O contrato será firmado pela autoridade competente, em nome da Administração e pelos representantes da empresa vencedora".

Há de serem, ainda, obedecidas outras formalidades que são necessárias para a validade dos contratos administrativos, de acordo com regras do C. de Contabilidade Pública. Assim, nos contratos que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, deve ser declarada a data ou a taxa de câmbio para a conversão (art. 232 do Regulamento do C. de

Contabilidade Pública), que sejam traduzidos legalmente em vernáculo, se forem lavrados em língua estrangeira; que respeitem as disposições do direito comum e da legalidade fiscal; que fiquem bem definidas as obrigações recíprocas dos contratantes, quanto à execução ou rescisão dos contratos; que haja cláusula expressa relativa à garantia oferecida para assegurar o cumprimento do contrato, bem como, das estipulações subsidiárias referentes à mesma garantia; que haja cláusula declarando competente o foro nacional brasileiro, para dirimir questões judiciais originadas dos contratos, quando envolverem, como partes, pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras.

Há, também, com referência aos contratos de obras ou serviços de engenharia, regulados pelo D. n. 73.140, de 1973, cláusulas obrigatórias (art. 51):

I - Qualificação das partes; definições, trabalhos a executar, e sua natureza; normas pertinentes; planos, programas, fases e etapas, cronogramas físico e financeiro, fundamento legal, inclusive da dispensa da licitação, recursos financeiros e correspondentes empenhos;

II - Valor do contrato, preços, formas de pagamento, condições de reajustamento, se previsto no ato convocatório, bem como, a natureza e o valor das garantias exigidas;

III - Sistema de fiscalização, prazo e condições de execução e de recebimento da obra ou serviço;

IV - Indicação dos equipamentos e processos que serão empregados na obra ou serviço;

V - Penalidades a que estará sujeito o contratado;

VI - Responsabilidade das partes e casos de rescisão do contrato, observado o parágrafo único deste artigo;

VII - Foro e privilégio que houver, na hipótese de procedimento judicial, inclusive a estipulação obrigatória da cláusula que estabeleça a cobrança, pelo rito do executivo fiscal, de quaisquer importâncias devidas pelo contratado à Administração.

A vinculação do contrato administrativo à forma prescrita em lei determina, portanto, a sua operosidade no mundo jurídico. Além do que foi exposto, muitas vezes a sua formação depende, ainda, de publicação e quaisquer outras formalidades que podem ser exigidas pela lei, tais como o procedimento seletivo denominado licitação que será objeto de estudo em tema exclusivo.

6. Os elementos constitutivos gerais do contrato foram examinados. Há, também, elementos específicos que são incluídos na sua participação, como de conteúdo obrigatório. São, em resumo, os seguintes: 1. nome e qualificação das partes; 2. objeto do contrato; 3. prazo para a sua execução; 4. condições técnicas, administrativas e financeiras de execução; 5. forma de remuneração; 6. previsão das infrações e correspondentes sanções; 7. sujeição ao controle legal; 8. estipulações inerentes à natureza específica do contrato.

De natureza específica podem, também, ser tituladas as cláusulas denominadas de exorbitantes ou administrativas ou derogatórias do direito comum.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR considera bastante expressivo o nome de cláusula exorbitante ("Tratado de Direito Administrativo", p. 50, vol. III), por ser, realmente, uma cláusula que sai da órbita, que se afasta dos cânones do Direito Privado. Exorbita do Direito Civil para entrar na órbita administrativa. Desprivatiza-se para publicizar-se. Despe seus traços típicos do Direito Civil para vestir a roupagem administrativa.

As cláusulas exorbitantes contribuem, na atualidade, para fortificar a teoria do contrato administrativo. A noção do que seja não se encontra, na doutrina, bem definida. Alguns afirmam que é toda cláusula derogatória do direito comum. Outros, que são somente as cláusulas que permitem estabelecer a diferença entre os contratos administrativos e os de direito privado ou de direito comum.

A cláusula exorbitante existe quando a Administração se arroga com direitos sobre seu contratante que um particular não poderia exercer, porque as leis e os regulamentos não o autorizam, só havendo por causa da finalidade do serviço público, que autoriza o sacrifício da liberdade dos administrados nas sujeições a que estes ficam submetidos.

São exorbitantes do direito comum, portanto, as chamadas cláusulas *penais*; as que permitem a Administração baixar instruções para a execução do contrato; as que prevêm o direito de rescisão unilateral em proveito da Administração; as que estabelecem condições especiais exorbitantes do direito comum, para a contratação de certos serviços autônomos ou serviços industriais ou comerciais do Estado. Sobre as cláusulas exorbitantes não se pode deixar de lembrar que muitos autores consideram a referida cláusula como elemento específico para caracterizar o contrato de direito público.

7. Os contratos administrativos sempre se revestem de forma escrita. É evidente a razão. As obrigações assumidas pelo poder público dependem de registro nas repartições competentes. "A inexistência de ajuste escrito ou o defeito de forma, vicia irremediavelmente a manifestação da vontade da Administração e invalida o conteúdo contratual" (HELY MEIRELLES, p. 229, "Direito Administrativo Brasileiro", 2ª ed., RT).

A forma escrita pode variar, nos termos e casos que a lei estabelecer: contrato formal; termo em livro próprio com força de contrato; carta-contrato; empenho de despesa; autorização de compra; ordem de execução de serviço (art. ,134 do DL n. 200, de 1967).

No momento, o art. 72, §§ 5º e 6º, da CF, substituiu o controle prévio da legalidade pelo controle *a posteriori*. Os contratos administrativos não precisam ser registrados pelo Tribunal de Contas para se tornarem perfeitos, exigência das Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946.

III - Execução dos Contratos Administrativos

1. O contrato administrativo recebe tratamento destacado, em face das características peculiares que possui e que determinam procedimentos específicos na sua execução.

No ato convencional firmado há o confronto de dois interesses nascidos de duas vontades e que se caracterizam pela bilateralidade, comutatividade, por ser *intuitu personae*, pela onerosidade, pela instabilidade e formalidade.

A bilateralidade não tem referência com a formação. Reflete-se na execução do contrato pela sua força sinalagmática de criar obrigações recíprocas para ambas as partes.

A comutatividade representa o equilíbrio econômico-financeiro entre partes, onde a equivalência das prestações ajustadas deve prevalecer. Na execução, assume aspecto de maior grandeza, principalmente, quando ocorrem alterações profundas não previsíveis pelos contratantes.

O fato do pacto ser *intuitu personae* é decorrente do processo seletivo que, em regra, adota a Administração. Quando escolhe a parte, o faz sob critérios de capacidade e de idoneidade, por ser a ela confiado interesse público de alta relevância. Na execução, portanto, a fidelidade a tal característica encerra a confiabilidade da Administração no contratado.

A onerosidade é decorrente do princípio de que a Administração não pode fazer liberalidade. Esta somente decorre da lei. No contrato, há exigência que ambas as partes se obriguem a prestar o acordado.

Não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público. Este não se apresenta imutável. Necessidades urgentes podem fazê-lo nascer, modificar, extinguir. O

contrato administrativo, em sua execução, acompanha o fenômeno da Instabilidade que se torna presente no interesse público.

A formalidade representa a instrumentalização do contrato administrativo. Sem ela não há execução. Decorre sempre da lei e a sua ausência determina nulidade ou condição suspensiva de validade e eficácia.

A execução dos contratos administrativos se desenvolve, conseqüentemente, através da aplicação desdobrada das conseqüências surgidas de sua caracterização.

2. As condições estabelecidas no instrumento formalizado do contrato devem ser atendidas, tanto por parte da Administração, como por parte dos particulares, quer quanto à prestação contratada, quer quanto ao pagamento.

Todavia, algumas situações determinam modificações na execução e se encontram amparadas na teoria de mutabilidade das cláusulas de serviço, aceita pelo moderno Direito Administrativo. Assim, as condições técnicas de execução da obra ou serviço podem ser alteradas pela Administração, atendendo ao fim público, desde que não causem mudanças nos aspectos econômicos do pacto.

Justifica-se a alteração unilateral das estipulações pela condição especial de execução dos contratos administrativos, que se fundamente no Interesse do serviço público.

A alteração unilateral não altera os direitos de quem contrata com o Poder Público. Na remuneração visada, os interesses financeiros não podem sofrer qualquer desvio do ajustado. É a regra.

A colocação do tema se enquadra na teoria do equilíbrio financeiro ou da equação financeira do contratado que torna segura a

presença do particular no pacto e permite se classificar como relativa a posição privilegiada da Administração.

O mestre J. CRETELLA JÚNIOR define o equilíbrio financeiro como sendo "a relação que se estabeleceu entre as partes contratantes no momento da conclusão do contrato, consistindo num conjunto de direitos e obrigações do particular contratante, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação" ("Tratado de Direito Administrativo", FORENSE, p. 54, vol. III).

Na nossa opinião, o fenômeno do equilíbrio financeiro foi profundamente estudado por CAIO TÁCITO, em "O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público", em RDA, 1965, ps. 19-20. Algumas de suas conclusões se firmaram como princípios a serem seguidos na execução dos contratos:

- a) "O equilíbrio financeiro é condição essencial de legalidade na concessão de serviço público, cabendo ao Estado o dever de sua obrigação". A regra é válida para todos os contratos de direito administrativo;
- b) "Tanto o Direito Brasileiro, como o Direito Francês e o Norte-Americano, em que aquele se inspira, no tocante ao regime jurídico do serviço concedido, adotam o princípio supra-enunciado";
- c) "Sempre que o Estado modificar, unilateralmente, os encargos do concessionário (regra da mutabilidade do contrato administrativo) é obrigado a compensar, mediante revisão da tarifa ou sob forma de contribuição financeira direta, o abalo da parte econômica da concessão";
- d) "O Direito Brasileiro admite as teorias do fato do príncipe e da imprevisão, como fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado, diante da quebra da equação financeira da concessão".

O doutrinador MARCELO CAETANO, em sua notável obra "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", ps. 244-245, resume o

poder da Administração de ordenar unilateralmente modificações no contrato e a teoria do equilíbrio financeiro, com os seguintes esquemas:

- a) "A Administração pode, nos contratos administrativos em que seja parte, impor ao outro contratante modificações nas prestações convencionadas ou alterar por sua autoridade as condições jurídicas e técnicas de execução do contrato";
- b) estas modificações e alterações são feitas no exercício do poder público, por via de regulamentos ou atos administrativos definitivos ou executórios e obrigam em virtude da cláusula especial de sujeição do contratante particular;
- c) mas como é da essência do contrato administrativo que a sujeição do particular seja voluntária e remunerada, ao ato do Poder que autoritariamente afeta o equilíbrio financeiro inicial deve, em princípio, corresponder à revisão das cláusulas de remuneração para procurar restabelecer as condições normais de risco".

3. Na execução dos contratos administrativos verifica-se que a responsabilidade pelo nascimento e crescimento do fato administrativo é da própria pessoa com quem os acordos foram concluídos. Por isso, os contratos possuem a característica *intuitu personae* que implica na obrigação de serem executados pelo próprio contratado.

A regra admite, entretanto, exceção. MARCELO CAETANO, p. 237, obra citada, focaliza com absoluta precisão a fuga ao equilíbrio geral, afirmando que

a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e idoneidade do concessionário ou sucessor.

4. A aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* no âmbito do Direito Administrativo tem merecido a atenção dos doutrinadores e da Jurisprudência. A conclusão tem sido pela negativa e se apóia em dois fundamentos:

- a) nos contratos celebrados entre o serviço público e um particular há a presença de vontades desiguais, devendo o interesse público ser superior aos interesses privados;
- b) em decorrência do princípio da continuidade do serviço público não é possível se interromper a execução do contrato.

A *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de não cumprimento do contrato) é regra de cunho civilístico que encontra a sua construção influenciada pelo princípio da reciprocidade nos contratos. Consiste na possibilidade jurídica de um dos contratantes, o que se sentir prejudicado pelo não cumprimento do pactuado, opor ao outro a exceção do contrato não cumprido, sobrestando a execução da obrigação assumida, tudo apoiado no art. 1092, do C. Civ.

Lembra JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Tratado de Direito Administrativo", vol. III, p. 68) que a melhor doutrina dos tribunais está resumida em um voto do saudoso Min. NELSON HUNGRIA, proferido no RE n. 30.431, publicado na RDA, XLIX/220 e "Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara", IX/107, quando afirmou: "É incensurável o acórdão recorrido. A concessão é um contrato de direito público, tendo, como elemento causal, o interesse coletivo, não subordinável, irrestritamente, às normas próprias do direito privado. Não se lhe aplica a máxima *inadimplente non est aáimplendum*".

5. Os participantes do contrato assumem obrigações que se tornam exigíveis na execução. As da Administração se reduzem ao pagamento do preço ajustado, a entrega do local da obra ou do serviço em condições que permitam a regular execução do ajustado, para tanto, desapropriando áreas, constituindo servidões administrativas, promovendo interdições de trânsito, ou praticando qualquer outra ação que se torne necessária.

Ao particular cabe a obrigação principal de prestar o objeto do contrato, bem como outras obrigações decorrentes dos princípios

reguladores dos ajustes de direito público: não fugir das normas técnicas adequadas; manter no local da obra ou serviço um preposto com condições de dialogar com a Administração e dela receber a orientação que se tornar necessária; empregar o material apropriado, sem diminuir a quantidade e sem modificar a qualidade, salvo se para melhor; cumprir os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução; executar pessoalmente o contrato; sujeição aos acréscimos ou supressões decorrentes da lei.

6. São repetidas as dúvidas que se originam sobre os efeitos das cláusulas contratuais quando em execução. Na interpretação do seu conteúdo se busca a forma mais eficaz de estabilizar o conflito.

Certos princípios devem ser observados. Todos relacionados com o seu caráter peculiar.

A primeira meditação deve ser sobre a real vontade que foi manifestada pelas partes. Para tanto, o exame minucioso das fases preparatórias da formação do contrato poderá contribuir para esclarecer dúvidas, desde que não se afaste do valor do que se encontra escrito.

Um segundo princípio é o de que o contrato foi firmado para atender interesses públicos. A disciplina normativa deve ser seguida na realização da finalidade perseguida.

Em um plano diferente, o Interesse privado do particular contratante não deve ser esquecido.

A fórmula do equilíbrio financeiro, inicialmente previsto, deve ser mantida, ajustando-se, apenas, às circunstâncias surgidas na fase executória.

7. A Administração tem o direito e assume o dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato administrativo.

No acompanhamento que lhe cabe fiscalizar detalhadamente se o contrato está sendo cumprido de acordo como foi ajustado, para tanto, orientando o executor, promovendo a interdição do serviço ou da obra se não se encontrar de acordo com os padrões ajustados, além de expedir atos de intervenção e de aplicação de penalidades previstas no contrato.

O ato de fiscalização apresenta um resultado. Este deve ser lançado em livro especialmente destinado a tal fim, para que fiquem comprovadas as inspeções e se a obra ou serviço se encontra sendo feita em desacordo com o avançado, a Administração intervém na execução do contrato, determinando a sua paralisação, em consequência do privilégio de auto executoriedade de seus atos.

A interdição não se confunde com a intervenção. Esta é um ato administrativo de medida extrema que exige justa causa para ser expedido. Só se justifica quando o contratante não tem condições financeiras e técnicas para dar fiel cumprimento ao contrato. A Administração afasta o contratante e assume a direção do serviço ou da obra.

8. Há fatos novos que podem influenciar a execução do contrato administrativo, impedindo ou dificultando o cumprimento do que foi pactuado.

Três teorias, no campo do Direito Administrativo, procuram explicar a obrigação de executar quando as situações extravagantes se apresentam: a teoria da força maior, a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão.

A teoria da força maior mereceu estudos profundos de LAUBADÈRE, WALINE, VEDAL, RIVERO, MARCELO CAETANO e JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, entre outros.

A força maior é decorrente de um acontecimento com causa desconhecida, sem possibilidade de controle pelo poder normal dos meios humanos.

São considerados como de força maior: a) os incêndios; b) as epidemias; c) as guerras civis ou de invasão imprevisível; (d) greves que afetam a vida social; e) fenômenos da natureza (cataclismos, terremotos, ciclones, inundações).

A caracterização da força maior se encontra na inevitabilidade e imprevisibilidade do fenômeno pelos meios técnicos de que dispõe o homem.

MARCELO CAETANO, em seu "Manual de Direito Administrativo", 6ª ed., 1963, p. 330, define força maior como "fato imprevisível e estranho à vontade dos contratantes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais".

Logo aí se verifica a necessidade de não se confundir "força maior" com "caso fortuito" ou "causa desconhecida". Os publicistas entendem que o caso fortuito é um acidente determinado por uma causa desconhecida. A força maior é um acidente. A causa, porém, é desconhecida, apenas se apresentando com um caráter de irresistibilidade.

Para que o contrato seja alterado em sua execução, possibilitando a liberdade das obrigações assumidas pelas partes, a doutrina brasileira, sob o comando de CRETELLA JÚNIOR, exigiu a reunião de três requisitos: a) o fato superveniente, invocado como força maior, deve ter sido totalmente independente da vontade do contratante; b) o fato superveniente deve ter sido imprevisto e imprevisível; c) o fato superveniente deve ser de tal ordem que torne impossível a execução do contrato.

A teoria do "fato do príncipe" é peculiaridade do direito público. Após controvérsias sobre o seu conteúdo, hoje, possui uma estruturação definida. Entende-se como sendo "toda e qualquer providência da iniciativa dos poderes públicos que torna mais onerosa a situação das partes que contratam com o Estado" (CRETELLA JÚNIOR, p. 58, tomo III, "Direito Administrativo", FORENSE).

O fato do príncipe é uma medida de iniciativa do poder público que tem como consequência o rompimento do equilíbrio do contrato, originando, conseqüentemente, responsabilidades pecuniárias para a Administração.

É ato voluntário da Administração. Exige três requisitos para que se verifique, segundo HAURIOU, *apud* CRETELLA JÚNIOR: a) "um contrato administrativo em execução; b) uma medida tomada pelo poder público (lei, regulamento, decisão executória especial), cujo efeito rompe o equilíbrio do contrato; c) elementos de imprecisão, assim entendidos se a medida do poder público intercorrente estiver dentro das previsões das partes, no ato de contratar, não há possibilidade de indenização no momento em que se realiza" ("Tratado de Direito Administrativo", p. 60, tomo III).

A teoria da imprevisão foi estruturada no campo do Direito Privado e acolhida pelo Direito Público. Desenvolveu-se após as duas últimas guerras e se fundamenta nas modificações impostas à execução dos contratos, por motivos de conjuntura econômica geral que impossibilita, por haver superado todas as previsões que eram possíveis ao homem no momento, a manutenção do preço original do contrato.

A imprevisão consiste na existência de um fato inesperado e superveniente que impossibilita o cumprimento das obrigações assumidas.

A doutrina exige que se tornem necessários acontecimentos econômicos, independente da vontade das partes, e com as seguintes

características: a) que sejam fatos excepcionais; b) que sejam fatos imprevisíveis; c) que sejam fatos determinantes de perturbação da situação financeira do contratado de tal modo que o coloquem num estado de déficit caracterizado.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI entende que três elementos devem estar presentes para se aplicar com justiça a teoria da imprevisão: a) a prova de que o contrato foi feito de boa-fé, e que suas bases econômicas correspondiam à situação, na época em que foi efetuado; b) que o aumento dos preços dos materiais e mão-de-obra tenha sido tão grande que haja produzido prejuízo ao empreiteiro; c) que o dono da obra tenha se beneficiado com a sua valorização ("Tratado de Direito Administrativo", 3ª ed., 1955, vol. I, p. 302).

A teoria da imprevisão é a aplicação moderna da cláusula *rebus sic stantibus* (estando as coisas assim, se as coisas estiverem assim se tudo continuar para o futuro do mesmo modo que agora), e que a palavra deve ser cumprida se não houver mudança da situação inicial, sob pena do pacto não poder ser observado (*pacta non sunt servanda*).

IV Extinção dos Contratos Administrativos

1. O nascimento do vínculo obrigacional na Administração Pública se firmou com base em princípios estabelecidos pelo Direito Público. A partir da formação do contrato, onde a fase pré-contratual foi considerada com ênfase, haja vista a necessidade do processo de licitação, salvo casos especiais, até a execução das cláusulas firmadas, o interesse público predominou o relacionamento das partes, ora impondo a abrangência dos seus efeitos, ora permitindo que o equilíbrio financeiro entre os convenientes fosse respeitado.

A fase executória do contrato se caracteriza pelo cumprimento das cláusulas assumidas e determina, com o recebimento definitivo da obra ou serviço, a cessação do vínculo instalado.

Ultrapassada a fase de execução, os contratos administrativos merecem ser estudados em suas formas de extinção, prorrogação e renovação.

A extinção do direito é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, através da rescisão ou da anulação, no ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES.

Verifica-se, portanto, que os contratos administrativos alcançam o seu término, do mesmo modo como se extinguem as obrigações em geral. Sem particularizar alguns aspectos que são inerentes ao Direito Público, em princípio é válida a afirmação de que três maneiras de extinção podem ser detectadas: a) fim do prazo quando há cláusula prevendo; b) por acordo das partes, gerando a forma de distrato ou de rescisão amigável; c) a rescisão não amigável, que no entender de HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, p. 323, "Elementos de Direito Administrativo", pode ser subdividida em: a.1) por interesse público ou relevante, manifestado por ato unilateral da Administração; b.1) pela encampação; c.1) pela desapropriação; d.1) pela caducidade, nesta hipótese por haver reiteradas violações de cláusulas contratuais.

A extinção sofre, conseqüentemente, o impacto dos fatos que possuem potencialidade de dissolver as relações constituídas. Tais fatos podem ser de caráter comum ou outros que só acontecem em determinados tipos de contrato.

Merece observar, ao se tratar do tema de extinção dos contratos administrativos, que os princípios rígidos de direito público que informam toda a relação estabelecida podem sofrer influências políticas e que vão refletir no momento da cessação do vínculo.

O assunto tem merecido atenção dos doutrinadores, por se verificar que o procedimento administrativo de contratação na medida em

que integra o Direito Administrativo, como todos os demais temas que compõem o ato administrativo, não se afastam da problemática política, pelo contrário, muitas vezes, os princípios jurídicos e o poder do regime político chegam a informar e a determinar posições. As conotações assinaladas por JOSÉ ROBERTO DROMI, Professor Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Mendoza, na Argentina, havendo merecido apoio, também, de PABLO LUCAS VERDU, na sua obra "Introducción al Derecho Político" (Barcelona, 1958), páginas 115-116, *apud* JOSÉ ROBERTO DROMI, *In* "Procedimiento Administrativo de Contratación", ps. 7-20, RDP, janeiro/março, n. 27, 1974.

2. De acordo com o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES, p. 211, "Direito Administrativo Brasileiro", 4ª ed., são três as formas de extinção do contrato administrativo: a) pelo integral cumprimento de suas cláusulas; b) pela rescisão; e) pela anulação.

Conforme já se assinalou, item I, a opinião de HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS é mais abrangente. Embora entenda que são três as formas de extinção, apresenta formas específicas de rescisão, incluindo a encampação, a desapropriação e a caducidade.

MARCELO CAETANO, na sua obra "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", ps. 256-257, apresenta uma esquematização sobre as formas de extinção do contrato administrativo, que nos parece de boa técnica.

De acordo com o conceituado mestre, as relações contratuais podem se extinguir por causas comuns e por causas específicas. As causas comuns que determinam a extinção dos contratos, são: a) acordo das partes (distrato); b) por caducidade; c) por denúncia; d) por rescisão do contrato; e) por anulação contenciosa.

O confronto das várias formas de extinção sugeridas pelos doutrinadores pode determinar divergência, como é o caso da extinção por caducidade.

De acordo com MARCELO CAETANO, ps. e obra citadas, "a caducidade do contrato dá-se quando ocorre alguma circunstância que, por força das cláusulas nele estipuladas ou por lei, determine a cessação da sua vigência. Assim, o contrato administrativo caduca quando chega ao seu termo, quando se verifique uma condição resolutiva, quando esteja cumprindo o seu objeto ou quando, tendo morrido o contratante particular ou sido declarada a sua falência ou insolvência, não seja autorizada pelo outro contraente a prossecução da execução do contrato, respectivamente, pelos herdeiros ou pelos credores associados ou pela massa falida".

A opinião de HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, ps. 324-325, "Manual Elementar de Direito Administrativo", não se inclina em aceitar a abrangência que ofereceu MARCELO CAETANO. Assim, aquele autor só aceita a caducidade como forma de extinção, quando há faltas repetidas no cumprimento das obrigações ajustadas, pressupondo, assim, a inexecução do contrato. Enfatiza que "A consequência natural dessa inexecução é a rescisão, respondendo o culpado pelos prejuízos (perdas e danos), decorrentes da inadimplência, seja ele o particular ou a própria administração".

Há, como se observa, colocações divergentes, no que se refere à conceituação da caducidade do contrato como forma de extinção.

O mestre HELY LOPES preferiu não tratar especificamente da caducidade, na obra já citada, só fazendo referência quando cuidou da concessão, ao afirmar que "A rescisão por inadimplência do concessionário é, entre nós, também denominada caducidade, que corresponde à *decadenza* do direito italiano e à *déchéance* da doutrina francesa" (p. 361).

A tendência dos doutrinadores brasileiros é aceitar a caducidade como uma forma de rescisão do contrato, principalmente, o de concessão, em virtude de falta grave cometida pelo concessionário. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ps. 175 e seguintes, na sua obra "Tratado de Direito Administrativo", vol. III, Ed. FORENSE, dedicou todo um parágrafo ao estudo da caducidade do contrato de concessão, chegando a afirmar que o rompimento de tal forma geraria uma série de extraordinárias conseqüências para o concedente e para o concessionário.

A caducidade não merece, com a vênia devida, em nosso direito, ser tratada com a amplitude com que fez MARCELO CAETANO. Ela é vista como medida extrema, só sendo motivo de extinção do contrato quando outro caminho não for permitido à Administração.

Outro aspecto que não pode deixar-se de analisar, aceitando-se o pensamento da maioria da doutrina brasileira, é de que a figura da caducidade é peculiar ao contrato de concessão, como tem demonstrado GASTON JÉZE "Principios Generales del Derecho Administrativo", trad. argent., 1950, vol. VI, ps. 68-69; LAUBADERE, "Traité Théorique et Praticme des Contrats Administratifs", 1956, vol. III, p. 181; BIELSA. "Derecho Administrativo". 5ª ed., 1955, vol. II, p. 297, conforme explicita CRETELLA JÚNIOR, na obra já citada.

A forma de extinção mais natural é a que se opera por ter havido integral cumprimento das cláusulas contratuais. O objeto do contrato foi concluído. As prestações ajustadas foram cumpridas, de um lado, com a execução da obra, ou serviço, e, de outro lado, com o pagamento do preço.

Quando o contrato foi celebrado a prazo certo, a extinção se caracteriza com a ulatimação do prazo convencionado.

Na espécie, com a terminação do prazo contratual, foram extintas as obrigações ajustadas. Entretanto, tendo em vista a natureza

pública dos atos administrativos pode-se seguir um processo de tomada de contas e, dependendo do termo do contrato, conforme lembra THEMÍSTOCLES CAVALCANTI ("Teoria dos Atos Administrativos", 1973, p. 261), uma fase de liquidação se instaura, a fim de serem cessadas ou apuradas responsabilidades.

Importa lembrar que o recebimento definitivo do objeto, implica, implicitamente, no reconhecimento da conclusão do objeto do contrato, operando-se a sua extinção, porém, não ficando proibidas investigações determinadas pela natureza do controle *a posteriori* que impera na Administração.

A extinção do contrato pelo término de seu prazo se enquadra, também, na forma já definida como de integral cumprimento de suas cláusulas. O prazo tornou-se a eficácia do negócio jurídico e é determinante dos limites da produção dos seus efeitos e das suas responsabilidades. O Regulamento da Contabilidade Pública da União, em seu art. 777, estabeleceu um prazo máximo de cinco anos para a execução dos contratos administrativos. Prorrogações só serão permitidas se tiverem sido motivo do ajuste e se, quando for o caso, também tiverem sido motivo de licitação.

O contrato extinto por força do término do prazo não pode ser renovado, nem prorrogado por si mesmo. Se houver necessidade do serviço público, dependendo aí da conveniência da Administração, o interesse público permite a continuação da prestação do serviço, garantindo-se o direito de indenização do executor do serviço, caso não venha a ser o vencedor na licitação, fato que deverá ficar expreso no edital, para servir de orientação aos proponentes.

A extinção do contrato pela rescisão pode ocorrer de várias maneiras: a) rescisão administrativa; b) rescisão judicial; c) rescisão

amigável; d) rescisão por declaração de fato previsto como extintivo do contrato (rescisão de pleno direito).

A rescisão extingue o contrato quando este se encontra em plena execução. O ato impulsionador é gerado por manifestação da vontade de um dos contratantes. O seu exercício pode ser amparado em termos genericamente fixados pela lei ou previstos no contrato. A rescisão por parte do particular só pode resultar da lei ou do contrato. O princípio da continuidade do serviço e do interesse público prevalece sobre a vontade do particular. Os seus fundamentos para rescisão necessitam de suporte legal que afetam de tal modo o objeto do contrato, em decorrência da falta de cumprimento por parte da Administração, cuja medida extrema venha a ser justificada. No contrato administrativo o particular não se liberta do vínculo assumido, por mera manifestação de sua vontade, nem por conveniência de suas atividades. O interesse público necessita ser protegido quanto às precipitadas decisões dos particulares contratantes. Não se deixando, porém, de resguardar dentro dos seus limites próprios, a teoria do equilíbrio financeiro do contrato.

MARCELO CAETANO, p. 260, ob. cit., informa o melhor caminho a ser seguido pelo particular que se encontra em situação de não ser possível continuar a execução do contrato, vendo-se obrigado a rescindi-lo, tendo em vista inexecução por parte da Administração, de tal monta, que se torna flagrante a impossibilidade do cumprimento do objeto. Assim, ensina:

Em princípio, o particular que pretenda exercer o direito de rescisão deve notificar judicialmente a Administração e aguardar o seu assentimento no prazo legal ou contratual ou, faltando a indicação de prazo na lei ou no contrato, no que foi fixado na notificação. Se a Administração recusar-se a reconhecer o direito invocado, terá o particular de dirigir-se aos tribunais.

Impera, de qualquer modo, o princípio de que o particular não pode, por ato próprio, rescindir o contrato administrativo, nem mesmo

invocando a *exceptio non adimpleti contractus*, que não vigora no Direito Administrativo.

A rescisão, por parte da Administração, representa uma sanção. Decorre da inexecução das obrigações assumidas pelo particular ou por conveniência do interesse público.

Não há que se falar em poder discricionário da Administração ao atuar em rescisão de contrato administrativo. O ato é rigorosamente vinculado, devendo fundar-se em graves faltas de cumprimento do pactuado que determinem a medida extrema.

Na verdade, não estamos a falar da rescisão por conveniência administrativa que foi clausulada. Temos, na hipótese, o atuar de um poder discricionário que foi previsto, tem como finalidade, se ocorrer o fato esperado, o de ter causado males à Administração. Ajustada a rescisão, por conveniência da Administração, o dever de indenização se torna prestante com o pagamento de tudo quanto o particular haja feito ou prestado até o momento da extinção.

Na rescisão administrativa impera o princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos. No instante em que a Administração põe termo à execução do ajuste, ela própria assume o comando da execução, envidando esforços para que o objeto do contrato seja consumado, independentemente de qualquer ordem judicial. Ressalve-se, tornando boa a lembrança de HELY LOPES, que nos empréstimos públicos tal poder não pode ser aplicado.

A justa causa deve ser integral para motivar a rescisão administrativa. O ato administrativo pode ser atacado na via judiciária, quando o mérito da decisão não será examinado, porém, haverá uma verificação detalhada sobre a existência "dos motivos e a sua adequação às normas legais e às cláusulas contratuais pertinentes, para coibir o arbítrio e

o abuso de poder" (HELY LOPES MEIRELLES, p. 222, "Direito Administrativo Brasileiro", 4^a ed.).

O defendido por HELY LOPES se coaduna com a melhor doutrina sobre o assunto. Nenhuma atividade pode ser exercida sem obedecer aos princípios do sistema a que ela se encontra vinculada. Assim, quando alguém, representando a vontade do Estado, age como parte de sua relação jurídica, com capacidade de produzir uma norma de efeito concreto e imediato, não pode fugir às diretrizes do sistema. Da mesma forma, o Juiz, no desempenho da função jurisdicional embora não fazendo parte da relação jurídica formada, está atrelado ao comando maior constitucional. Daí, no que concerne ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, não se permite restringir tal atividade, já que não se poderá excluir da apreciação judicial qualquer lesão no direito individual (art. 153, § 4º, da CF). Não se cuida, contudo, de exercício de poder ilimitado, nem condição autorizativa de invasão do Judiciário na esfera do Poder Executivo, quando se trata de função administrativa de sua competência.

O exame do Judiciário se prende ao aspecto da legalidade e da legitimidade, pelo que, em determinadas situações se torna imprescindível examinar o mérito do ato administrativo. A tarefa do Juiz é verificar se "certos pressupostos empíricos e se certas finalidades manifestamente correspondem, ou não, às previsões abstraias dos motivos e dos fins estereotipados na lei", nas justíssimas observações de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *in* "Controle Judicial dos Limites da Discricionariedade Administrativa", RDP, 1974, n. 31, p. 36.

Pode ocorrer que a rescisão administrativa se torne lesiva ao patrimônio público. O remédio jurídico a ser aplicado é a ação popular, por qualquer do povo (CF, art. 153, § 31, e L. n. 4.717, de 29.6.1965).

Em regra, a rescisão administrativa pode ser subdividida: a) a rescisão administrativa por inadimplência do contratante, que pode ser culposa (negligência, imprudência, imprevidência, ou imperícia), ou sem culpa (força maior, caso fortuito ou fato da Administração) .

3. Sem esgotar o assunto, as seguintes regras podem ser estabelecidas como disciplinamento da rescisão administrativa: a) a rescisão administrativa é efetivada por ato próprio ou unilateral da Administração, tendo como fundamento uma falta grave do contratante ou por motivo de interesse público; b) a rescisão aparece como sanção aplicável por inexecução das obrigações assumidas pela outra parte; c) aparecendo como sanção concede à Administração o direito de aplicar punições, cujo poder é rigorosamente vinculado; d) o contratante particular tem o direito de rescindir o contrato administrativo, se a lei ou alguma cláusula contratual o permitir. É limitado tal direito: só pode fundar-se em falta de cumprimento, por parte da Administração, de natureza grave, ou em exigências profundas que afetam o objeto do contrato; e) o ato de rescisão é sempre vinculado. Quando, porém, os contratos prevêem a rescisão por conveniência administrativa, o poder da administração é discricionário; f) quando a rescisão administrativa ocorrer por inadimplência culposa do contratante particular, o serviço público deverá continuar, sendo reparado o dano, e havendo a possibilidade da Administração utilizar as garantias e reter os créditos do inadimplemento, como observa, com fidelidade, HELY LOPES (ob. cit., p. 223); g) a rescisão sendo por inadimplência, sem culpa, não cabe nenhuma indenização, nem pode a Administração reter garantias oferecidas, ou créditos a que o contratante tem direito pelas obras, serviços ou fornecimentos prestados; h) a variação do interesse público pode determinar a rescisão administrativa, com fundamento em igual situação. Efetivando a rescisão, a Administração fixa a indenização devida ao contratante executor da obra ou serviço, o que poderá ser apurado através de perícias contábeis, avaliações judiciais ou extrajudiciais, de modo que só seja indenizada a

justa reparação, por aplicação do princípio da moralidade dos atos administrativos.

4. A rescisão amigável é estabelecida por mútuo acordo das partes, forma-se o distrato, obedecendo-se aos requisitos legais e regulamentares exigidos para a contratação. O distrato deverá seguir a forma original do contrato, as partes são as mesmas, as exigências legais que antecederam a formação do contrato devem ser respeitadas, os efeitos só começam a operar a partir da data em que foi firmada e os débitos e créditos devem ser apurados através de levantamentos contábeis de natureza pública.

5. A rescisão judicial pode ser utilizada tanto pelo particular, como pela Administração. Para o particular, ela é, em regra, obrigatória. Para a Administração, é opcional - princípio da auto-executoriedade dos seus próprios atos.

A rescisão judicial permite uma amplitude para discussão dos direitos das partes. Por ser tentada por ação de rito ordinário, onde pedidos podem ser cumulados, como o de indenização, o de retenção, o de compensação e de demais efeitos, possíveis de surgirem do contrato.

A ação popular pode ser intentada. Não obstante o pouco uso, ela se constitui um meio de rescisão judicial indireta. É o terceiro que, por entender ser lesivo ao patrimônio público o contrato firmado, promove a ação popular para rescindir o pacto.

HELY LOPES MEIRELLES, p. 225, ob. cit., defende a possibilidade do mandado de segurança ser impetrado com êxito para rescindir o contrato administrativo. Não deixa, entretanto, de lembrar que a via é oblíqua e cita como exemplo, quando um "licitante preterido ilegalmente na habilitação ou no julgamento, obtém, por mandado de segurança, a anulação do ato, e, conseqüentemente, a invalidação do contrato respectivo". O exemplo citado encontra conformidade com o

sistema processual vigente, acrescentando-se, apenas, que o contratante prejudicado pela sentença do mandado de segurança deverá intervir como litisconsorte, necessário na demanda.

6. Na rescisão de pleno direito ou por declaração da ocorrência de fato previsto como extintivo do contrato, a vontade das partes não exerce influência. É a força do fato que se relaciona com o contrato que determina a rescisão.

Opera-se: a) com o falecimento do contratante, se não houver cláusula assumida pelos herdeiros, com o concorde da Administração; b) pela dissolução da sociedade, se não houver cláusula em que os sócios, por si mesmos, tenham assumido a continuação da execução do contrato se a Administração tiver concordado; c) pela falência da empresa, se o síndico não tiver tido autoridade a continuar com a execução se houver permissão da Administração; d) pelo perecimento do objeto contratado, se não há possibilidade de sua substituição; e) pela ocorrência do fato previsto no contrato, como por exemplo, a extinção pela realização de uma obra especialmente destacada do conjunto, por assim ter sido ajustado.

Bibliografia

ANDRADE, LUCIANO BENÉVOLO DE, "Curso Moderno de Direito Administrativo". Saraiva. 1975. ps. 175-179-192.

BIELSA, RAFAEL. "*Derecho Administrativo*", vol. II, ed. 1955.

CAETANO, MARCELO, "Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", FORENSE, 1977, ps. 215-229 e segs, 256-262.

CAVALCANTI, THEMÍSTOCLES BRANDÃO, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, 1964, ps. 304-315, Freitas Bastos: "Curso de Direito Administrativo", 1961, ps. 70-77, Freitas Bastos.

CHAVES, ANTÔNIO, "Contrato Administrativo. Reciprocidade da Prestação. Responsabilidade Contratual", RDA, ps. 375-410, vol. 110. out./dez., 1972.

DROMI, JOSÉ ROBERTO, "*Procedimento Administrativo de contratacion: Principios Jurídicos y Politicos*", KDP 27.7.12.

FAGUNDES, M. SEABRA. "Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 3ª ed., FORENSE, 1957.

GOMES, ORLANDO, "Obrigação de Contratar", "Revista de Informação Legislativa", ps. 21-26, jan./março, ano V, n. 17.

JÉZE, GASTON, "*Cours de Droit Public*", 1933.

JÚNIOR, JOSÉ CRETELLA, "Tratado de Direito Administrativo", FORENSE, vol. III, 1967, ps. 27-52, 50-83 e 163-179; "Contrato Público", "Enciclopédia Saraiva do Direito", ps. 84-92, vol. 20; "Contrato Administrativo", "Enciclopédia Saraiva do Direito", ps. 166-168. vol. 19.

LIMA, RUI CIRNE, "Contratos Administrativos e Atos de Comércio", HDA 32/16.

LUIZ, HEITOR FILHO, "O Contrato na Administração Pública", "Revista de Informação Legislativa", ps. 82-87, n. 2, ano I, junho.

MASAGÃO, MÁRIO, "Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público", 1933.

MEIRELLES, HELY LOPES, "Direito Administrativo Brasileiro", ps. 203-226, 4ª ed., RT, e 2ª ed., RT, ps. 227-230.

SHIESARI, NELSON, "Direito Administrativo", TJ, Hemeron Editora S/A, 1975, ps. 145-148-152.

SIMAS. HENRIQUE DE CARVALHO, "Manual Elementar de Direito Administrativo", 1974, ps. 305-315, Freitas Bastos:

TÁCITO, CAIO, "Direito Administrativo", ps. 291-301, Saraiva; "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", p. 27; "contrato Administrativo. Controle do Tribunal de Contas. Sustação do Contrato", RDA, vol. 107, ps. 374-382, Jan./mar., 1972.